

Luis Manuel Fonseca Pires

Prefácio

Silvio Luís Ferreira da Rocha

Prefácio

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Dos conceitos jurídicos indeterminados
às políticas públicas

4ª edição revista, ampliada e atualizada

Belo Horizonte

FÒRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2020

© Luis Manuel Fonseca Pires
 2011 Campus Elsevier
 © 2013 2ª edição Editora Fórum Ltda.
 2018 3ª edição
 2020 4ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabard	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
 Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
 Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
 www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

P667c

Pires, Luis Manuel Fonseca

Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas / Luis Manuel Fonseca Pires ; prefácio Silvio Luís Ferreira da Rocha ; apresentação Dinorá Adelaide Musetti Grotti. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

375 p.

ISBN 978-65-5518-045-9

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Rocha, Silvio Luís Ferreira da. II. Grotti, Dinorá Adelaide Musetti. III. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342.9

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 375 p. ISBN 978-65-5518-045-9.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO	
Silvio Luís Ferreira da Rocha	11
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	13
NOTA À 4ª EDIÇÃO	15
NOTA À 3ª EDIÇÃO	17
NOTA À 2ª EDIÇÃO	19
INTRODUÇÃO	21

PARTE I

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E OS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS

1	ANOTAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	27
	Introdução.....	27
1.1	As teorias declarativas e o dogma da completude	30
1.1.1	Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen.....	32
1.1.2	As lacunas e as antinomias – O dogma da completude.....	40
1.2	A insuficiência da lógica formal	45
1.2.1	Outras perspectivas	50
1.2.2	A suposta presença da discricionariedade junto à interpretação jurídica	54
1.2.3	A tópica, a lógica do razoável e a retórica.....	59
1.3	Conclusões – Nossa posição.....	70
2	CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	77
	Introdução.....	77

2.1	Os conceitos jurídicos indeterminados.....	80
2.1.1	Em Portugal.....	80
2.1.2	Na Itália.....	83
2.1.3	Na Áustria e na Alemanha	83
2.1.4	Na França.....	90
2.1.5	Na Argentina	92
2.1.6	Na Espanha	93
2.1.7	No Brasil.....	100
2.2	Nossa posição	105
2.2.1	Precedentes administrativos e autovinculação	134
2.2.2	As cláusulas gerais e a interpretação jurídica.....	137

PARTE II

A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA ADMINISTRATIVA CONFORME OS ÂMBITOS DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O SEU CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

3	NOÇÕES DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	145
3.1	Evolução histórica – Do ato, do poder e da competência.....	145
3.1.1	Da competência fundada em regras e em princípios – A teoria dos poderes implícitos	154
3.2	A necessidade de demarcar como noções distintas a interpretação jurídica, os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e a competência discricionária	160
3.3	Competências vinculada e discricionária.....	164
3.3.1	Noções de discricionariedade administrativa	165
3.3.2	Fundamentos político e jurídico.....	170
3.3.3	Natureza jurídica	172
3.3.4	Classificações.....	173
4	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA (ESTÁTICA DA NORMA JURÍDICA).....	179
	Introdução.....	179
4.1	A estrutura da norma jurídica	181
4.2	A presença da competência discricionária na estática da norma jurídica	183
4.3	Metodologia proposta – Os limites de atribuição da discricionariedade administrativa na estrutura da norma	

	jurídica (estática da norma jurídica) de acordo com o âmbito da função administrativa.....	188
4.3.1	Os âmbitos da função administrativa – Administração ordenadora, de prestação, de gestão, de fomento, sancionadora e de políticas públicas.....	189
4.3.2	A importância do tema para o controle judicial das competências discricionárias e vinculadas – O controle da racionalidade da decisão administrativa no âmbito do direito administrativo sancionador	191
4.4	Síntese conclusiva	198
5	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO REGULAMENTO E ATO ADMINISTRATIVOS	201
	Introdução.....	201
5.1	A presença da competência discricionária no regulamento administrativo – Aspectos gerais.....	201
5.1.1	A competência discricionária de acordo com o âmbito da função administrativa – A motivação do regulamento.....	204
5.2	A presença da competência discricionária no ato administrativo de acordo com a sua sistematização	207
5.2.1	A competência ou o sujeito	208
5.2.2	A forma, os requisitos procedimentais, a formalização e o âmbito da função administrativa	210
5.2.3	O objeto, o conteúdo e o âmbito da função administrativa.....	212
5.2.4	O motivo de fato – A teoria dos motivos determinantes	213
5.2.5	A motivação e o âmbito da função administrativa.....	217
5.2.6	A vontade do agente	224
5.2.7	A finalidade e a causa	227
5.2.8	O mérito administrativo – Conveniência e oportunidade.....	229
5.3	Diante do caso concreto e a “redução a zero” da discricionariedade – A concreta realização do interesse público.....	233
5.4	Nosso conceito de discricionariedade administrativa.....	236
6	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E AS APRECIACÕES TÉCNICAS	239
6.1	A inexistência da “discricionariedade técnica”	240
6.2	Casos concretos – Perícias, exames, julgamentos em licitações e provas em concursos públicos	250

7	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA CONFORME A TEORIA DO DESVIO DE FINALIDADE E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	257
	Introdução.....	257
7.1	Desvio de finalidade.....	258
7.1.1	Primeiras linhas da evolução histórica	258
7.1.2	Definição – Natureza jurídica	260
7.1.3	Espécies	266
7.1.4	O silêncio administrativo e o desvio de finalidade – O meio coercitivo de cumprimento da ordem judicial: a caracterização do ato de improbidade administrativa.....	269
7.1.5	A prova em juízo do desvio de finalidade.....	272
7.2	Princípios da Administração Pública.....	276
7.2.1	O procedimento de ponderação da teoria dos princípios	277
8	PARADIGMAS AO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	283
	Introdução.....	283
8.1	A racionalidade da decisão administrativa	284
8.2	O ônus da argumentação dos atores processuais	290
8.3	Tempo de omissão	293
8.4	Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro e a competência discricionária.....	296
9	CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ATO POLÍTICO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	299
	Introdução – Explicações necessárias	299
9.1	A função política.....	300
9.2	A presença da competência discricionária no ato político	302
9.2.1	O controle dos cargos em comissão: a) a 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) o dever de motivar para a nomeação e a exoneração	306
9.2.2	O controle das emendas orçamentárias.....	313
9.2.3	O controle dos atos <i>interna corporis</i> do Legislativo	314
9.3	A presença da competência discricionária nas políticas públicas	317
9.3.1	Argumentos contrários ao controle – A teoria das reservas do possível.....	319

9.3.2	Argumentos favoráveis ao controle – A teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais	324
9.3.3	Soluções possíveis.....	333
9.3.3.1	Primeiras conclusões	334
9.3.3.2	Políticas públicas já existentes – Universalidade e a atualização técnica e/ou científica como critérios de definição do “novo patamar” do direito à prestação	342
9.3.3.3	Tutelas de remoção do ilícito	347
9.3.4	Orientações jurisprudenciais	351
	CONCLUSÃO	359
	REFERÊNCIAS.....	369